

# VU Research Portal

## **Art. 15, vierde lid, Wet Vpb 1969: strijdigheid met de vrijheid van vestiging en de non-discriminatiebepalingen**

Boulogne, G.F.

### ***published in***

Weekblad voor fiscaal recht  
2010

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Boulogne, G. F. (2010). Art. 15, vierde lid, Wet Vpb 1969: strijdigheid met de vrijheid van vestiging en de non-discriminatiebepalingen. *Weekblad voor fiscaal recht*, (6864), 840-849.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# ART. 15, VIERDE LID, WET VPB 1969: STRIIDIGHEID MET DE VRIJHEID VAN VESTIGING EN DE NON-DISCRIMINATIEBEPALINGEN

MR. G.F. BOULOGNE \*

## 1 Inleiding

Vorming van een fiscale eenheid biedt diverse voordelen. Zo kunnen winsten en verliezen van de in de fiscale eenheid opgenomen maatschappijen horizontaal worden verrekend.<sup>1</sup> Ook kunnen activa en passiva binnen de fiscale eenheid geruisloos (zonder heffing over eventueel aanwezige meerwaardes) overgedragen worden tussen de gevoegde maatschappijen. Verder brengt voeging in een fiscale eenheid eveneens een administratief voordeel met zich: de vennootschapsbelasting van de gevoegde maatschappijen wordt geheven bij de moedermaatschappij, de dochtermaatschappijen zijn niet langer zelfstandig belastingplichtig.<sup>2</sup> Art. 15, derde lid, Wet VPB 1969 stelt als één van de eisen voor vorming van een fiscale eenheid dat de te voegen belastingplichtigen in Nederland zijn gevestigd.<sup>3</sup> Onder de voorwaarden genoemd in art. 15, vierde lid, tweede volzin, Wet VPB 1969 kunnen echter ook buitenlandse belastingplichtigen (niet in Nederland gevestigde vennootschappen die Nederlands inkomen genieten) in een fiscale eenheid worden opgenomen.<sup>4</sup> Deze bepaling is opgenomen ter voorkoming van discriminatie tussen een vaste inrichting en een binnenlands

belastingplichtige vennootschap, zoals geboden door art. 49 VWEU) voorheen art. 43 EG-verdrag, de vrijheid van vestiging) en de non-discriminatiebepalingen in de door Nederland gesloten bilaterale verdragen en de BRK.<sup>5</sup> De voorwaarden die de wet stelt, leiden er echter toe dat de gewenste non-discriminatie tussen vaste inrichting en vennootschap in sommige gevallen uitblijft. Ik bespreek in deze bijdrage de in mijn ogen strijdige elementen uit art. 15, vierde lid, Wet VPB 1969 afzonderlijk. Ik ga daarbij in op de strijdigheid van dit artikel met zowel het primaire als het secundaire EU recht. Ook behandel ik de strijdigheid van art. 15, vierde lid, Wet VPB 1969 met de non-discriminatiebepalingen in de door Nederland gesloten bilaterale verdragen. Ik behandel zowel de voeging van een buitenlandse belastingplichtige als moedermaatschappij als de voeging van een buitenlandse belastingplichtige als dochtermaatschappij.

## 2 Art. 15, vierde lid, Wet VPB 1969

### 2.1 Vereisten

In beginsel kan op grond van art. 15, derde lid, Wet VPB 1969 slechts een in Nederland gevestigde maatschappij als moeder- of dochtermaatschappij deel uitmaken van een fiscale eenheid. Art. 15, vierde lid, tweede volzin, Wet VPB 1969 bepaalt echter dat, wanneer aan een drietal

\* Auteur is verbonden aan PricewaterhouseCoopers en aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Hij verricht promotieonderzoek naar de tekortkomingen in de EU-fusierichtlijn.

1 Dit levert een cashflowvoordeel op.

2 Zie in dit verband HvJ EG 19 november 2009, zaak C-337/08 (X Holding BV), r.o. 23, (concl. A-G Kokott).

3 Ingeval op een belastingplichtige de BRK dan wel een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is, dan dient deze belastingplichtige eveneens op grond van die regeling dan wel dat verdrag als inwoner van Nederland te worden aangemerkt, aldus art. 15, derde lid, onderdeel c, Wet VPB 1969.

4 Zie art. 3 jo. art. 17-19 Wet VPB 1969.

5 Het 'Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap' (EG-verdrag) heet sinds 1 december 2009 het 'Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie' (art. 2, eerste lid, VWEU). Hoewel art. 15, vierde lid, tweede volzin, Wet VPB 1969 in werking trad toen het EG-verdrag nog gold, zal omwille van actualiteit slechts het VWEU worden behandeld. Inhoudelijk leidt een analyse onder het EG-verdrag overigens niet tot een andere uitkomst.

vereisten is voldaan, ook een belastingplichtige die niet in Nederland is gevestigd maar wel een onderneming drijft met behulp van een in Nederland aanwezige vaste inrichting, kan worden opgenomen in een fiscale eenheid. In dat geval is vereist dat:

- de plaats van de werkelijke leiding van de te voegen maatschappij wordt uitgeoefend op de Nederlandse Antillen, op Aruba, in een lidstaat van de Europese Unie of in een staat waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten dat discriminatie van vaste inrichtingen verbiedt;
- de maatschappij een naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid is, dan wel een daarmee naar aard en inrichting vergelijkbaar lichaam;
- indien de maatschappij als moedermaatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid, het aandelenbezit in de dochtermaatschappij behoort tot het vermogen van de in Nederland aanwezige vaste inrichting van deze moedermaatschappij.

## 2.2 Achtergrond

Art. 15, vierde lid, Wet VPB 1969 heeft zijn oorsprong in het huidige art. 49 VWEU (de vrijheid van vestiging), de door Nederland gesloten bilaterale verdragen en het BRK.<sup>6</sup>

### 2.2.1 Art. 49 VWEU

Op grond van art. 49 VWEU zijn beperkingen betreffende de oprichting van filialen door de onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. In zijn rechtspraak heeft het HvJ EU nader gespecificeerd dat art. 49 VWEU met zich brengt dat de lidstaat van ontvangst een vaste inrichting van een vennootschap met haar zetel in een andere lidstaat niet ongunstiger mag behandelen dan een binnenlandse vennootschap.<sup>7</sup> Voor de lidstaat van vertrek bestaat geen verplichting tot gelijke behandeling van een buitenlandse vaste inrichting en een buitenlandse dochtervennootschap.<sup>8</sup> In deze bijdrage behandel ik situaties waarbij Nederland de lidstaat van ontvangst is. Op grond van art. 49 VWEU mag

Nederland in deze gevallen een buitenlandse belastingplichtige dus niet ongunstiger behandelen dan een binnenlandse belastingplichtige.

### 2.2.2 Bilaterale verdragen en de BRK

Vrijwel alle door Nederland gesloten bilaterale verdragen kennen een bepaling die een ongunstige behandeling van een binnenlandse vaste inrichting ten opzichte van een binnenlandse vennootschap verbiedt. Deze non-discriminatiebepaling is doorgaans geformuleerd conform art. 24, derde lid, OESO-modelverdrag.<sup>9</sup> Ook de BRK bevat een dergelijke non-discriminatiebepaling in art. 1, derde lid, eerste volzin.<sup>10</sup>

## 3 Strijdige elementen uit art. 15, vierde lid, Wet VPB 1969

In dit onderdeel zal ik bij een viertal elementen uit art. 15, vierde lid, Wet VPB 1969 nader ingaan op de naar mijn mening aanwezige strijdigheid met de vrijheid van vestiging en/of de non-discriminatiebepalingen. Deze elementen zijn: het vereiste dat er sprake is van een in Nederland aanwezige vaste inrichting (onderdeel 3.1), de rechtsvormen (onderdeel 3.2), het heffingsrechtvereiste (onderdeel 3.3) en het toerekeningvereiste (onderdeel 3.4).

### 3.1 'In Nederland aanwezige vaste inrichting'

Voor voeging van een buitenlandse belastingplichtige als moedermaatschappij of dochtermaatschappij vereist art. 15, vierde lid, Wet VPB 1969 dat sprake is van een in Nederland aanwezige vaste inrichting. Indien het begrip 'vaste inrichting' in de Wet VPB 1969 'beperkt' zou zijn dan het begrip 'vaste inrichting' in het Europese recht of het begrip 'vaste inrichting' in het OESO-modelverdrag of de BRK, dan kan dit tot gevolg hebben dat Nederland niet in alle gevallen de gewenste non-discriminatie tussen een vaste inrichting en een binnenlands belastingplichtige vennootschap voorkomt. Om inzicht te krijgen in de subjectieve werkingssfeer van de non-discriminatiebepa-

6 MvT, Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 3, blz. 13.

7 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 28 januari 1986, zaak 270/83 (Commissie vs. Franse Republiek ('Avoir Fiscal')); HvJ EG 29 april 1999, zaak C-311/97 (Royal Bank of Scotland), en HvJ EG 21 september 1999, zaak C-307/97 (Saint-Gobain), BNB 2000/75.

8 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 6 december 2007, zaak C-298/05 (Columbus Container Services), V-N 2007/59.8; HvJ EG 15 mei 2008, zaak C-414/06 (Lidl Belgium), V-N 2008/25.16, en HvJ EG 23 oktober 2009, zaak C-157/07 (Krankenhaus Wannee), V-N 2009/55.14.

9 OECD model tax convention on income and capital 2005. Art. 24, derde lid, eerste volzin: 'The taxation on a permanent establishment which an enterprise of a Contracting State has in the other Contracting State shall not be less favourably levied in that other State than the taxation levied on enterprises of that other State carrying on the same activities.'

10 'De belasting in een van de landen van niet-inwoners ter zake van een binnen dat land aangehouden vaste inrichting is in beginsel niet drukkender dan de belasting van inwoners die dezelfde werkzaamheden onder overigens gelijke omstandigheden uitoefenen.'

lingen ('wie' mag door Nederland niet ongunstiger worden behandeld dan een binnenlandse belastingplichtige) is een vergelijking van de wellicht verschillende begrippen 'vaste inrichting' op zijn plaats. Het begrip 'vaste inrichting' zoals dat voorkomt in de door Nederland gesloten bilaterale verdragen en de BRK zal in de meeste gevallen geënt zijn op het OESO-modelverdrag. Omwille van de leesbaarheid van deze bijdrage verwijs ik voor een meer uitgebreide bespreking van het begrip 'vaste inrichting' in het OESO-modelverdrag naar het OESO-commentaar bij art. 5 OESO-modelverdrag. Ik zal daarom slechts de begrippen 'vaste inrichting' in het Europese recht en het begrip 'vaste inrichting' in art. 15, vierde lid, Wet VPB 1969 bespreken.

### 3.1.1 Het begrip 'vaste inrichting' in het Europese belastingrecht

In het VWEU komt het begrip 'vaste inrichting' niet voor. Wel worden de begrippen 'filiaal' en 'agentschap' gehanteerd (in art. 49 VWEU). Een mogelijke verklaring voor het ontbreken van het begrip 'vaste inrichting' is dat dit een fiscaal begrip is, terwijl de begrippen 'filiaal' en 'agentschap' ook buiten de fiscaliteit gebruikt worden. Het begrip 'vaste inrichting' wordt door het HvJ EU wel gehanteerd door in zijn rechtspraak.<sup>11</sup> Ook komt het begrip 'vaste inrichting' voor in diverse richtlijnen op het gebied van de directe belastingen<sup>12</sup> en de indirecte belastingen.<sup>13</sup> Uit de rechtspraak van het HvJ EU valt niet duidelijk af te leiden wat de verhouding is tussen enerzijds de begrippen filiaal en agentschap en anderzijds het begrip 'vaste inrichting'. Zo kan worden betoogd dat een

vaste inrichting kan worden beschouwd als synoniem voor filiaal en agentschap,<sup>14</sup> als 'genus' van deze twee termen<sup>15</sup> of wellicht zelfs als aparte categorie naast filiaal en agentschap.<sup>16</sup> Aan inhoudelijke invulling van het begrip 'vaste inrichting' ontbreekt het op het gebied van de directe belastingen. Dit in tegenstelling tot de indirecte belastingen, waar het HvJ EU inhoud heeft gegeven aan het begrip 'vaste inrichting'.<sup>17</sup> Een korte analyse van het begrip 'vaste inrichting' in de indirecte belastingen leert echter dat dit begrip afwijkt van datzelfde begrip uit de directe belastingen.<sup>18</sup> Zo is voor een vaste inrichting in de zin van de Zesde btw-richtlijn een 'personele aanwezigheid' vereist op het grondgebied van de lidstaat van de vaste inrichting.<sup>19</sup> Op het gebied van de directe belastingen is de aanwezigheid van personeel echter geen constitutief vereiste voor het aanwezig zijn van een vaste inrichting.<sup>20</sup> De inhoudelijke invulling van het begrip 'vaste inrichting' in de indirecte belastingen biedt mijns inziens dan ook geen houvast bij de vraag hoe dit begrip in de directe belastingen dient te worden opgevat.

### 3.1.2 Aansluiting bij het OESO-begrip 'vaste inrichting'

Er zijn aanwijzingen dat het HvJ EU op het gebied van de directe belastingen aansluiting heeft willen zoeken bij het OESO-begrip 'vaste inrichting'. Zo overweegt het HvJ EU in diverse arresten dat het bij gebrek aan unificatie- of harmonisatiemaatregelen in het kader van het EU recht aan de lidstaten staat om, unilateraal of via overeenkomsten ter voorkoming van dubbele belasting, de criteria voor verdeling van heffingsbevoegdheid vast te stellen. Dit voorkomen van dubbele belasting dient dan 'met name' te geschieden door 'de in de internationale belastingpraktijk gehanteerde verdelingscriteria toe te passen'.<sup>21</sup> De verwijzing naar de in de internationale belas-

11 Zie bijvoorbeeld *Avoir Fiscal*, r.o. 11; *Saint-Gobain*, r.o. 48, en *Royal Bank of Scotland*, r.o. 34.

12 Onder andere art. 4, tweede lid, onderdeel b, richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat en art. 2, tweede lid, richtlijn 2003/123/EG van de Raad van 22 december 2003 tot wijziging van Richtlijn 90/435/EEG betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

13 Onder andere art. 9, eerste lid, Zesde richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Staten inzake omzetbelasting.

14 *Saint-Gobain*, r.o. 47: 'Vaste inrichtingen van buitenlandse vennootschappen bevinden zich vooral in een vergelijkbare situatie (...). Voor de inkomsten die zij via hun filialen in Duitsland ontvangen (...) zijn buitenlandse vennootschappen in Duitsland beperkt belastingplichtig.'

15 *Avoir Fiscal*, r.o. 6: 'Deze aanspraak wordt echter geweigerd aan vaste inrichtingen in de vorm van agentschappen of filialen.'

16 *Avoir Fiscal*, r.o. 5: 'aandelen die deel uitmaken van het vermogen van vaste inrichtingen, filialen of agentschappen van vennootschappen waarvan de zetel niet in Frankrijk is gevestigd.'

17 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 4 juli 1985, zaak 168/84 (*Berkholz*), en het Proposal for a Council Regulation laying down implementing measures for Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax.

18 Tot eenzelfde analyse komen *Sasseville en Skaar* in J. Sasseville en A.A. Skaar, *Is there a permanent establishment?* (*Cahiers de droit fiscal international*), blz. 63, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2009.

19 Zie HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-190/95 (*ARO Lease BV*), V-N 2007/36.23, punt 19.

20 Zie bijvoorbeeld het 'discussion paper' van de OESO 'Attribution of Profits to a Permanent Establishment Involved in Electronic Commerce Transactions' van februari 2001.

21 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-336/96 (*Gilly*), r.o. 24 en 30; HvJ EG 19 november 2009, zaak C-540/07 (*Commissie vs. Italiaanse Republiek*), r.o. 29, en HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (*N*), punt 44.

tingpraktijk gehanteerde verdelingscriteria vormt naar mijn mening een aanwijzing dat het EU-begrip 'vaste inrichting' moet worden uitgelegd conform het OESO-begrip 'vaste inrichting'. Een duidelijke aanwijzing in deze richting geeft het HvJ EU in de zaak-Lidl Belgium: '(d)eze invulling van het begrip vaste inrichting als autonome fiscale entiteit stemt overeen met de internationale rechtspraktijk zoals die tot uitdrukking komt in het door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) opgestelde modelbelastingverdrag, met name in de artikelen 5 en 7 daarvan. Het hof heeft reeds vastgesteld dat het met het oog op de verdeling van de fiscale bevoegdheid niet onredelijk is dat de lidstaten zich laten leiden door de internationale praktijk en met name de door de OESO opgestelde modelverdragen.'<sup>22</sup> Bij gebrek aan een autonome definitie van het begrip 'vaste inrichting' in het Europese recht (althans op het gebied van de directe belastingen) zou op basis van bovengenoemde rechtspraak kunnen worden betoogd dat dit begrip moet worden ingevuld aan de hand van het OESO-begrip.

### 3.1.3 Uitsluiting van de vaste vertegenwoordiger...

Tijdens de parlementaire behandeling van art. 15, vierde lid, Wet VPB 1969 heeft de staatssecretaris opgemerkt dat de term 'vaste inrichting' naar het nationale recht moet worden ingevuld.<sup>23</sup> Dit betekent, gezien het onderscheid in het BVDB 2001 tussen een vaste inrichting en een vaste vertegenwoordiger, dat een vaste vertegenwoordiger als moedermaatschappij noch als dochtermaatschappij kan worden opgenomen in een fiscale eenheid.<sup>24</sup> Ik deel de opvatting van Tuyp en Gooijer dat vanuit Europeesrechtelijk perspectief het enkel hanteren van de term 'vaste

inrichting' een, zij het beperkte, vorm van discriminatie oplevert.<sup>25</sup> Art. 49 VWEU verbiedt immers ook de discriminatie van agentschappen (lees: vaste vertegenwoordigers). Tevens levert uitsluiting van de vaste vertegenwoordiger strijdigheid op met de non-discriminatiebepalingen in de door Nederland gesloten bilaterale verdragen. Voor verdragstoepassing wordt een vaste vertegenwoordiger immers gelijkgesteld met een vaste inrichting.<sup>26</sup>

### 3.1.4 ...maar toegang voor de fictieve vaste inrichting

Onlangs behandelde De Vries in een bijdrage aan dit Weekblad de vraag of ook een buitenlandse belastingplichtige die slechts in Nederland gelegen onroerende zaken houdt in een fiscale eenheid kan worden opgenomen.<sup>27</sup> Hoewel deze onroerende zaken kwalificeren als 'fictieve vaste inrichting' in de zin van art. 17a Wet VPB 1969, is van het door art. 15, vierde lid, Wet VPB 1969 vereiste drijven van een onderneming geen sprake. Ik deel de mening van De Vries dat door de gelijkstelling in de Wet VPB 1969 van een fictieve vaste inrichting met een 'Nederlandse onderneming' ook een buitenlandse belastingplichtige met Nederlands onroerend goed toegang zou moeten hebben tot het fiscale-eenheidsregime.<sup>28</sup>

**'Het is in dit verband niet  
relevant dat het houden van  
onroerende zaken  
valt onder de vrijheid van  
kapitaalverkeer'**

22 Lidl Belgium, r.o. 22. Ik merk op dat dit arrest betrekking heeft op de vraag of de lidstaat van vertrek een buitenlandse vaste inrichting gelijk moet behandelen aan een buitenlandse dochtervennootschap. Ik zie niet in waarom de opmerking van het HvJ EU over de invulling van het begrip 'vaste inrichting' niet eveneens geldig zou moeten zijn bij een situatie waarbij de gelijke behandeling van een vaste inrichting en een binnenlandse vennootschap door de lidstaat van ontvangst aan de orde is.

23 NV II, Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, blz. 22.

24 De vraag of een buitenlandse belastingplichtige die zijn onderneming (mede) drijft door middel van een vaste vertegenwoordiger in Nederland deel kan uitmaken van een fiscale eenheid is in de parlementaire behandeling aan de orde geweest. Het antwoord van de staatssecretaris op deze vraag was: '(m)ijn reactie hierop is dat deze situatie moeilijk denkbaar lijkt. Ik acht een regeling op dit punt (vooralsnog) dan ook niet noodzakelijk.' NV II, Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, blz. 22.

25 M.B.J.M. Tuyp en J. Gooijer, 'Fiscale eenheid met in het buitenland gevestigde lichamen', TFO 2002/102.

Deze opvatting is gebaseerd op een uitleg van het nationale recht, maar ook op basis van de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU) kan worden geconcludeerd dat een buitenlandse belastingplichtige met in Nederland gelegen onroerende zaken toegang zou moeten hebben tot

26 Zie art. 5, vijfde lid, OESO-modelverdrag.

27 R.J. de Vries, 'Buitenlandse belastingplicht, Nederlandse onroerende zaken en de wisselwerking met het fiscale-eenheidsregime in de vennootschapsbelasting', WFR 2010/396.

28 Andere 'voorstanders' zijn bijvoorbeeld M.B.J.M. Tuyp en J. Gooijer, noot 25, en S.A.W.J. Strik en G.T.K. Meussen, *Het herziene regime van de fiscale eenheid*, 's-Gravenhage: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers 2003. Zie anders Q.W.J.C.H. Kok, 'De fiscale eenheid met een buitenlandse dochtermaatschappij', WFR 2003/1021.

een fiscale eenheid. In dit verband dient dan een vergelijking te worden gemaakt tussen enerzijds een in Nederland gevestigde vennootschap met in Nederland gelegen onroerende zaken en anderzijds een niet in Nederland gevestigde vennootschap met in Nederland gelegen onroerende zaken. Aangezien de eerstgenoemde categorie belastingplichtigen op basis van de wet toegang heeft tot het fiscale-eenheidsregime, zou op basis van de vrijheid van vestiging de tweede categorie belastingplichtigen eveneens toegang moeten hebben tot een fiscale eenheid. Het is in dit verband niet relevant dat het houden van onroerende zaken valt onder de vrijheid van kapitaalverkeer.<sup>29</sup> Toetsing aan het Europese recht van bepalingen uit het fiscale-eenheidsregime, dat ziet op situaties waarin de moedermaatschappij doorslaggevende invloed heeft op de besluiten van de dochtermaatschappij, vindt immers slechts plaats op basis van de vrijheid van vestiging.<sup>30</sup>

### 3.2 'Naar aard en inrichting vergelijkbaar lichaam'

Art. 15, derde lid, onderdeel c, en art. 15, vierde lid, onderdeel b, Wet VPB 1969 stellen voor toegang tot een fiscale eenheid eisen aan de rechtsvorm van de belastingplichtigen. Ik zal in dit onderdeel eerst deze eisen behandelen. Vervolgens ga ik in op de vraag of een buitenlandse belastingplichtige die vergelijkbaar is met een kwalificerende binnenlandse belastingplichtige ook in een fiscale eenheid moet kunnen worden opgenomen. Tot slot behandel ik de vraag of de rechtsvormen voor een buitenlandse belastingplichtige houdbaar zijn onder het Europese recht.

#### 3.2.1 De binnenlands belastingplichtige moedermaatschappij

Een binnenlandse belastingplichtige die als moedermaatschappij in een fiscale eenheid wenst te worden opgenomen, dient een naamloze vennootschap, een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, een coöperatie, een onderlinge waarborgmaatschappij of een belastingplichtige als bedoeld in art. 2, eerste lid, onderdeel d, Wet VPB 1969 te zijn. Indien het binnenlandse belastingplichtige lichaam niet naar Nederlands recht is opgericht, dan dient het naar aard en inrichting

vergelijkbaar te zijn met de hiervoor genoemde naar Nederlands recht opgerichte lichamen.<sup>31</sup>

#### 3.2.2 De binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappij

Een binnenlandse belastingplichtige die als dochtermaatschappij in een fiscale eenheid wenst te worden opgenomen, dient een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid te zijn, dan wel een daarmee naar aard en inrichting vergelijkbaar lichaam dat is opgericht naar het recht van een in art. 15, vierde lid, onderdeel d, Wet VPB 1969 bedoeld land of bedoelde staat.

#### 3.2.3 De buitenlandse belastingplichtige

Een buitenlandse belastingplichtige kan slechts in een fiscale eenheid worden opgenomen indien zij een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid is, dan wel een daarmee naar aard en inrichting vergelijkbaar lichaam. Een vergelijking van de kwalificerende rechtsvormen voor een binnenlandse belastingplichtige met die voor een buitenlandse belastingplichtige leidt tot de conclusie dat een buitenlandse belastingplichtige die naar aard en inrichting vergelijkbaar is met een coöperatie, een onderlinge waarborgmaatschappij of een belastingplichtige als bedoeld in art. 2, eerste lid, onderdeel d, Wet VPB 1969 niet in een fiscale eenheid kan worden opgenomen, terwijl zij, als zij een binnenlandse belastingplichtige was geweest, wel als moedermaatschappij in een fiscale eenheid zou kunnen worden opgenomen. Hierna zal ik de vraag behandelen of deze uitkomst in strijd is met de vrijheid van vestiging.

#### 3.2.4 Voorkoming van discriminatie naar nationaliteit

Tijdens de parlementaire behandeling van art. 15, vierde lid, Wet VPB 1969 heeft de staatssecretaris van financiën toegelicht dat 'het opnemen in een fiscale eenheid van een in Nederland gelegen vaste inrichting mogelijk zal zijn indien het achterliggende lichaam zelf, afgezien van de vestigingsplaats, van de desbetreffende fiscale eenheid deel zou kunnen uitmaken. Dit betekent dat het naar aard en inrichting vergelijkbaar dient te zijn met een NV of een BV.<sup>32</sup> Het is vaste rechtspraak van het HvJ EU dat de statutaire zetel van een vennootschap dient ter bepaling van de binding van een vennootschap aan de rechtsorde van de lidstaat.<sup>33</sup> De visie van de staatssecretaris voorkomt, althans bij een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij, dus deze discriminatie naar nationaliteit. Een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij wordt echter nog steeds gediscrimineerd naar nationaliteit indien zij een coöperatie, een onderlinge waarborgmaatschappij, een belastingplichtige

29 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-302/97 (Konle), en HvJ EG 13 juli 2000, zaak C-423/98 (Albore).

30 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 13 april 2000, zaak C-251/98 (Baars), BNB 2002/42, punt 22, en HvJ EU 25 februari 2010, zaak C-337/08 (X Holding BV), V-N 2010/12.19.

31 Art. 3 BFE 2003 vult nader in wanneer een niet naar Nederlands recht opgericht lichaam naar aard een inrichting vergelijkbaar is met een van de genoemde naar Nederlands recht opgerichte lichamen.

32 NV II, Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, blz. 21.

33 Avoir Fiscal, r.o. 18.

als bedoeld in art. 2, eerste lid, onderdeel d, Wet VPB 1969 of een daarmee vergelijkbaar lichaam is. In dat geval kan zij immers niet in een fiscale eenheid worden opgenomen terwijl zij dat wel zou kunnen als zij in Nederland was gevestigd. Op basis van recente rechtspraak van het HvJ EU kan worden gesteld dat ook een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij met een rechtsvorm vergelijkbaar met die van een kwalificerende binnenlands belastingplichtige moedermaatschappij in een fiscale eenheid moet kunnen worden opgenomen. Deze rechtspraak zal ik hieronder behandelen.<sup>34</sup>

### 3.2.5 *Aberdeen en Gaz de France*

In de zaak-Aberdeen weigerde de Finse fiscus een vermindering van bronbelasting bij een dividenduitkering van een Finse vennootschap aan een Luxemburgse SICAV.<sup>35</sup> Onder de moeder-dochterrichtlijn bestond daartoe geen verplichting aangezien een SICAV geen kwalificerende rechtsvorm was. Onder het Finse recht waren uitkeringen aan naar Fins recht opgerichte aandeelhouders echter wel vrijgesteld van bronheffingen. De Korkein hallinto-oikeus, de hoogste Finse rechter, stelde als prejudiciële vraag of de bepalingen van het (toen geldende) EG-verdrag eraan in de weg staan dat de in Luxemburg gevestigde SICAV in Finland niet is vrijgesteld van bronbelasting op dividenden. Ter beantwoording van deze vraag oordeelde het HvJ EU dat niet in Finland gevestigde aandeelhouders zich in een vergelijkbare positie bevinden als Finse aandeelhouders aangezien de Finse wetgeving niet alleen Finse aandeelhouders, maar ook niet in Finland gevestigde aandeelhouders aan inkomstenbelasting onderwerpt voor dividenden ontvangen van een Finse vennootschap. Aangezien Finland ervoor gekozen heeft de door een Finse dochtermaatschappij aan een Finse moedermaatschappij uitgekeerde winsten niet aan opeenvolgende belastingen te onderwerpen, moet het deze maatregel uitbreiden tot niet-ingezetene moedermaatschappijen die zich in dezelfde situatie bevinden. Het feit dat het Finse recht geen rechtsvorm kent die vergelijkbaar is met een SICAV kon geen verschillende behandeling rechtvaardigen: het vennootschapsrecht is immers niet geharmoniseerd op communautair niveau en een verschillende behandeling zou de vrijheid van vestiging volledig uithollen, aldus het HvJ EU.<sup>36</sup>

Gaz de France betrof een door Duitsland geheven bronheffing op een dividenduitkering door een Duitse GmbH aan een in Frankrijk gevestigde SAS.<sup>37</sup> Duitsland verleende geen vrijstelling van deze bronheffing omdat de SAS niet genoemd was als kwalificerende rechtsvorm in de bijlage bij de moeder-dochterrichtlijn. Op grond van een letterlijke lezing van deze bijlage bevestigde het HvJ EU dat de SAS geen kwalificerende rechtsvorm was. Onder de moeder-dochterrichtlijn was Duitsland dus niet verplicht een vrijstelling van bronheffingen te verlenen. Op grond van de vrijheid van vestiging was Duitsland echter gehouden winstuitkeringen aan een in Frankrijk gevestigde SAS vrij te stellen van bronheffingen indien een uitkering aan een in Duitsland gevestigd lichaam met een rechtsvorm vergelijkbaar met de Franse SAS wel was vrijgesteld van bronheffingen, aldus het HvJ EU.<sup>38</sup>

### 3.2.6 *Vergelijking met een binnenlandse belastingplichtige*

Uit de zaken Gaz de France en Aberdeen volgt dat een naar buitenlands recht opgerichte belastingplichtige niet slechter mag worden behandeld dan een vergelijkbare naar binnenlands recht opgerichte belastingplichtige. Een naar buitenlands recht opgerichte buitenlandse belastingplichtige die niet naar aard en inrichting vergelijkbaar is met een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap, maar wel vergelijkbaar is met een coöperatie, een onderlinge waarborgmaatschappij of een belastingplichtige als bedoeld in art. 2, eerste lid, onderdeel d, Wet VPB 1969 zou dus ook als moedermaatschappij in een fiscale eenheid moeten kunnen worden opgenomen.

### 3.2.7 *De buitenlandse stichting*

Een vervolgvraag is of ook een buitenlandse belastingplichtige met een niet in art. 15, derde lid, Wet VPB 1969 genoemde rechtsvorm, bijvoorbeeld een in het buitenland gevestigde stichting, in een fiscale eenheid moet kunnen worden opgenomen. Een binnenlandse belastingplichtige met een dergelijke rechtsvorm kan immers niet in een fiscale eenheid worden opgenomen. In de literatuur baseerde Engelen een bevestigend antwoord op deze 'prikkelende stelling' op het non-discriminatiebeginsel uit art. 24, derde lid, OESO-modelverdrag.<sup>39</sup> Dit artikel stelt voor een gelijke behandeling van een vaste inrichting en een vennootschap geen vereisten aan de

34 HvJ EG 18 juni 2009, zaak C-303/07 (*Aberdeen*), V-N 2009/31.11, en HvJ EG 1 oktober 2009, zaak C-247/08 (*Gaz de France*), V-N 2009/59.16.

35 Voor een bespreking van de zaak-Aberdeen wordt verwezen naar I. Lewis, 'Internationale belastingheffing over de vreemdingswinst van aandelen in onroerendezaaklichamen: tijd voor herbezinning vanuit EU-perspectief?', WFR 2010/310.

36 *Aberdeen*, r.o. 50.

37 Voor een bespreking van de zaak-Gaz de France wordt verwezen naar: G.F. Boulogne en W.W. Geursen, *Gaz de France: Dividends to Companies Not Listed in the Parent-Subsidiary Directive Are Not Exempt*, European Taxation 2010, 4.

38 *Gaz de France*, r.o. 59.

39 Zie bijvoorbeeld het betoog van F.A. Engelen in R.W. Böhmer en J.L. van de Streek, 'Verslag van de fiscale conferentie 'Herziening regime fiscale eenheid'', WFR 2003/421.

rechtsvorm van de buitenlandse belastingplichtige. Naar mijn mening kan voor deze opvatting ook steun gevonden worden in de hierna te bespreken rechtspraak van het HvJ EU.

### 3.2.7.1 Rechtspraak van het HvJ EU

De zaak-Avoir Fiscal betrof een belastingkrediet dat door Frankrijk slechts ter beschikking werd gesteld aan binnenlandse belastingplichtigen en niet aan buitenlandse belastingplichtigen die in Frankrijk een onderneming dreven door middel van een vaste inrichting. Het HvJ EU achtte deze ongelijke behandeling in strijd met de door het toenmalige art. 43 EG-verdrag voorgestane rechtsvormneutraliteit. Het door de Franse regering aangedragen verschil tussen een binnenlandse en een buitenlandse belastingplichtige werd door het HvJ EU niet gevolgd omdat het Franse fiscale recht, voor wat betreft de winstbepaling, dezelfde regels toepast op vennootschappen met zetel in Frankrijk en vaste inrichtingen van vennootschappen met zetel in het buitenland. Door beide vestigingsvormen voor de winstbepaling gelijk te behandelen heeft de Franse wetgever, aldus het HvJ EU, erkend dat tussen beide geen objectief verschil bestaat dat een verschil in behandeling kan rechtvaardigen.<sup>40</sup>

.....

***‘De staatssecretaris acht  
het niet wenselijk dat  
stichtingen en verenigingen  
deel uitmaken van  
een fiscale eenheid’***

.....

In de zaak-CLT-UFA overwoog het HvJ EU dat het toen geldende EG-verdrag belastingplichtigen ‘uitdrukkelijk de mogelijkheid (biedt) om vrijelijk de rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van hun werkzaamheden in een andere lidstaat past, zodat deze vrije keuze niet mag worden beperkt door discriminerende fiscale bepalingen.’<sup>41</sup> Uit de zaken Avoir Fiscal en CLT-UFA kan worden geconcludeerd dat de uit de vrijheid van vestiging voortvloeiende keuzevrijheid tussen vestiging door middel van een vaste inrichting of vestiging door middel van een dochtervennootschap niet door de lidstaat van ontvangst mag worden belemmerd.

### 3.2.7.2 Keuzevrijheid van vestigingsvorm

De Wet VPB 1969 maakt bij de winstbepaling geen onderscheid tussen een stichting met zetel in Nederland en een stichting met zetel in het buitenland die Nederlands inkomen geniet. Er is kortom geen objectief verschil tussen beide vestigingsvormen. Een stichting die zich in Nederland vestigt door middel van een besloten vennootschap kan echter een verzoek doen tot opname van die besloten vennootschap als moedermaatschappij in een fiscale eenheid, terwijl een stichting die zich in Nederland vestigt door middel van een vaste inrichting op grond van de Wet VPB 1969 geen deel kan uitmaken van een fiscale eenheid. Van een vrije keuze van vestigingsvorm in de zin van de zaak-CLT-UFA is dan geen sprake. Op grond van de uit de vrijheid van vestiging voortvloeiende keuzevrijheid van vestigingsvorm zou dus ook een buitenlandse belastingplichtige met een niet in ar. 15, derde lid, onderdeel d, Wet VPB 1969 genoemde rechtsvorm als moedermaatschappij of als dochtermaatschappij moeten kunnen worden opgenomen in een fiscale eenheid.

### 3.2.7.3 Uitsluiting van de stichting: heffingslek

Is het relevant dat een binnenlands belastingplichtige stichting niet in een fiscale eenheid kan worden opgenomen? Wellicht is namelijk sprake van een objectieve rechtvaardigingsgrond die uitsluiting van zowel een binnenlands als een buitenlands belastingplichtige stichting rechtvaardigt. In de parlementaire behandeling heeft de staatssecretaris geantwoord dat hij het niet wenselijk acht dat stichtingen en verenigingen deel uitmaken van een fiscale eenheid.<sup>42</sup> Als onderbouwing voor dit standpunt noemt de staatssecretaris het voorbeeld van een stichting die als moedermaatschappij een fiscale eenheid vormt met een beleggingsvennootschap. De beleggingen van de dochtermaatschappij zullen niet tot het ondernemingsvermogen van de stichting behoren. Aangezien de stichting slechts belastingplichtig is indien en voor zover zij een onderneming drijft is er in dit geval sprake van het verloren gaan van het heffingsrecht ten aanzien van deze beleggingen.

### 3.2.7.4 Reparatie van heffingslek

Hoewel het verlies van heffingsrecht naar mijn mening een objectieve rechtvaardigingsgrond is, doorstaat volledige uitsluiting van de stichting niet de ‘proportionali-

40 Avoir fiscal, r.o. 19-20.

41 HvJ EG 23 februari 2006, zaak C-253/03 (CLT-UFA SA), V-N 2006/14.18.

42 NV II, Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, blz. 35. De staatssecretaris gaat alleen in op de vraag of stichtingen en verenigingen als moedermaatschappij in een fiscale eenheid kunnen worden opgenomen. Terecht merkt de staatssecretaris op dat stichtingen en verenigingen niet als dochtermaatschappij in een fiscale eenheid kunnen worden opgenomen. Zij beschikken immers niet over een in aandelen verdeeld kapitaal en dus kan niet aan de bezitsei van art. 15, eerste lid, Wet VPB 1969 worden voldaan.



teitstoets': door middel van het stellen van een voorwaarde naar analogie van art. 32, tweede lid, BFE 2003 kan het mogelijke heffingslek namelijk op eenvoudige wijze gedicht worden. Een dergelijke bepaling zou kunnen luiden: 'bij een fiscale eenheid met een in art. 2, eerste lid, onderdeel e, van de wet genoemde belastingplichtige als moedermaatschappij worden alle werkzaamheden en het gehele vermogen van de dochtermaatschappij geacht deel uit te maken van de werkzaamheden en het ondernemingsvermogen van die moedermaatschappij.' Bij een buitenlands belastingplichtige stichting zal het verlies van heffingsrecht zich trouwens niet voordoen. Als gevolg van de aanwezigheid van een vaste inrichting in Nederland is er immers al sprake van een onderneming. De beleggingen van een dochtermaatschappij van deze vaste inrichtingen zullen in dat geval vanwege art. 32 BFE 2003 niet uit de heffingsfeer van de vennootschapsbelasting verdwijnen.

### 3.2.8 Afschaffing van de rechtsvormeis

Tot slot, de wetgever lijkt te hebben erkend dat het stellen van de rechtsvormeis niet houdbaar is onder het primaire EU-recht. Als onderdeel van het Belastingplan 2010 is de rechtsvormeis uit art. 4, tweede lid, onderdeel 1, Wet DB 1965 komen te vervallen met de toelichting dat: 'uit het arrest van het HvJ EG (FB: de zaak-Aberdeen) kan worden afgeleid dat het niet relevant is of het buitenlandse lichaam een rechtsvorm heeft die in Nederland niet bekend is of die niet is opgenomen in de bijlage bij de moeder-dochterrichtlijn.<sup>43</sup> Ook zijn als onderdeel van het Belastingplan 2010 art. 3.55, 3.56, 3.57 en 4.41 Wet IB 2001 en art. 14a, 14b en 23c Wet VPB 1969 gewijzigd.<sup>44</sup> Na deze wijziging heeft een vennootschap ook een kwalificerende rechtsvorm in de zin van art. 3.55, vijfde lid, onderdeel 2, als het een rechtsvorm heeft die vergelijkbaar is met een van de rechtsvormen die voor Nederland zijn opgenomen in de bijlage bij de moeder-dochterrichtlijn. Gezien deze aanpassingen hoop ik dat aanpassing van de rechtsvormeis uit art. 15, vierde lid, onderdeel b, Wet VPB 1969 spoedig zal volgen.

### 3.3 'Toewijzing van het heffingsrecht aan Nederland'

Ter beantwoording van de vraag hoe het begrip 'vaste inrichting' moet worden opgevat antwoordde de staatssecretaris: '(i)n eerste instantie is voor de toepassing van het fiscale-eenheidsregime het Nederlandse begrip van belang. In aanvulling daarop bepaalt het voorgestelde artikel 15, vierde lid, dat een vaste inrichting alleen in een fiscale eenheid kan worden opgenomen voorzover het

heffingsrecht over de resultaten die aan de vaste inrichting zijn toe te rekenen, zowel naar Nederlands recht, als op grond van de Belastingregeling voor het Koninkrijk (BRK), dan wel het toepasselijke verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, aan Nederland toekomt.<sup>45</sup> Ook bij het 'heffingsrechtvereiste' valt een Europeesrechtelijke kanttekening te plaatsen.

Stel dat in het met Frankrijk gesloten belastingverdrag een dusdanig 'beperkt' begrip 'vaste inrichting' wordt gehanteerd dat pas sprake is van een vaste inrichting indien er minimaal tien medewerkers werkzaam zijn. Stel in dat geval dat een Franse SA in Nederland winst uit onderneming geniet door middel van een verlieslijdende vaste inrichting waarin slechts twee medewerkers werkzaam zijn. Op grond van de wettekst en de toelichting van de staatssecretaris kan deze 'vaste inrichting' niet worden opgenomen in een fiscale eenheid omdat Nederland op grond van het verdrag met Frankrijk hierover niet het heffingsrecht heeft. Aan de ene kant lijkt deze uitkomst redelijk: Nederland belast in een dergelijk geval de winsten van de 'vaste inrichting' niet en dus hoeft deze niet in een fiscale eenheid te kunnen worden opgenomen. Aan de andere kant levert de onmogelijkheid tot voeging voor de belastingplichtige een nadeel op: de verliezen van de 'vaste inrichting' kunnen niet horizontaal verrekend worden met winsten van eventuele andere Nederlandse belastingplichtigen. Naar mijn mening kan daarom bij het in een bilateraal verdrag overeenkomen van een dergelijk 'beperkt' begrip 'vaste inrichting' betoogd worden dat Nederland in strijd handelt met EU-recht.<sup>46</sup> Immers, hoewel het aan de lidstaten is bij gebrek aan communautaire maatregelen om overeenkomsten ter voorkoming van dubbele belasting te sluiten, betekent dit niet dat zij maatregelen mogen treffen die in strijd zijn met de in het VWEU gewaarborgde vrijheden van verkeer.<sup>47</sup> Door het overeenkomen van een 'beperkt' begrip 'vaste inrichting' onder een verdrag dan dit begrip onder het nationale recht neemt Nederland de volle werking aan de uit de vrijheid van vestiging voortvloeiende rechtsvormneutraliteit.

45 NV II, Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, blz. 22.

46 In dit verband denk ik aan art. 4, derde lid, VWEU: 'de lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.'

47 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 22 december 2008, zaak C-48/07 (*Les Vergers du Vieux Tauves*), V-N 2009/7.22, punt 46; HvJ EG 8 november 2007, zaak C-379/05 (*Amurta*), V-N 2007/34.23, punt 24, en HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-524/04 (*Thin Cap Group Litigation*), V-N 2007/15.9, punt 54.

43 MvT II, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 71. Zie ook NV II, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 39-40.

44 NvW II, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 12, blz. 5.

### 3.4 'Toerekening aandelenbezit in dochtermaatschappij'

Ingeval de buitenlandse belastingplichtige als moedermaatschappij deel uitmaakt van een fiscale eenheid dient op grond van art. 15, vierde lid, onderdeel c Wet VPB 1969 het aandelenbezit in de dochtermaatschappij te behoren tot het vermogen van de in Nederland aanwezige vaste inrichting van deze moedermaatschappij. Het toerekeningvereiste is nader ingevuld in een besluit van 16 maart 2007.<sup>48</sup> Uit de parlementaire behandeling kan worden afgeleid dat indien de aandelen niet kunnen worden toegerekend aan de vaste inrichting, er geen direct economisch en juridisch belang bestaat tussen de moeder- en dochtermaatschappij, zodat verticale consolidatie niet kan plaatsvinden.<sup>49</sup> Het afwezig zijn van een direct economisch en juridisch belang verklaart volgens de staatssecretaris ook waarom twee zustervennootschappen van een buitenlandse vennootschap die geen vaste inrichting heeft in Nederland niet in een fiscale eenheid kunnen worden opgenomen.

Het toerekeningvereiste vormt naar mijn mening een verzwaring voor een vaste inrichting ten opzichte van een vennootschap: bij een vennootschap als moedermaatschappij wordt het toerekeningvereiste immers niet gesteld. In de literatuur is opgemerkt dat de verklaring van de staatssecretaris geen steekhoudende motivering vormt voor het stellen van het toerekeningvereiste. Vaste inrichting en dochtermaatschappij kunnen toch immers ook gewoon 'naast' elkaar in een fiscale eenheid worden opgenomen?<sup>50</sup> Naar mijn mening kan uit de zaak-Papillon van het HvJ EU worden afgeleid dat het toerekeningvereiste in strijd is met de vrijheid van vestiging.<sup>51</sup> In de zaak-Papillon oordeelde het HvJ EU dat een Franse fiscale eenheid (*intégration fiscale*) mogelijk moet zijn tussen een Franse moedermaatschappij en een Franse kleindochtermaatschappij, terwijl deze kleindochtermaatschappij gehouden werd door een Nederlandse dochtermaatschappij. Toegepast op het Neder-

landse fiscale-eenheidsregime: een fiscale eenheid moet ook mogelijk zijn tussen een Nederlandse moedermaatschappij en een Nederlandse kleindochtermaatschappij, die gehouden wordt door een dochtermaatschappij in een EU-lidstaat. Na de zaak-Papillon is in de literatuur eveneens de opvatting verdedigd dat een fiscale eenheid mogelijk zou moeten zijn tussen twee in Nederland gevestigde zustermaatschappijen die gehouden worden door een moedermaatschappij die gevestigd is in een EU-lidstaat. Bij een dergelijke 'Papillon fiscale eenheid' is geen sprake van een direct economisch en juridisch belang tussen de twee zustermaatschappijen. Naar analogie van de fiscale eenheid tussen twee zustermaatschappijen zouden naar mijn mening ook een in Nederland aanwezige vaste inrichting en een niet-aan-de-vaste-inrichting-toerekenbare dochtermaatschappij een fiscale eenheid moeten kunnen vormen.

## 4 Strijdigheid met de EU-fusierichtlijn<sup>52</sup>

### 4.1 Inleiding

Nadat Weber onlangs in dit Weekblad (opnieuw) de stelling poneerde dat de Nederlandse thin-capitalisation-maatregel van art. 10d Wet VPB 1969 mogelijk in strijd is met de interest- en royaltyrichtlijn, durf ik te beweren dat art. 15, vierde lid, Wet VPB 1969 eveneens in strijd is met een richtlijn op het gebied van de directe belastingen, namelijk de EU-fusierichtlijn.<sup>53</sup> Op grond van art. 4 EU-fusierichtlijn leiden '(f)usies, splitsingen en gedeeltelijke splitsingen (...) niet tot enigerlei belastingheffing over de vermogenswinst die bepaald wordt door het verschil tussen de werkelijke waarde van de ingebrachte activa en passiva en hun fiscale waarde.' In art. 4, onderdeel a en b, worden vervolgens de begrippen 'fiscale waarde' en 'ingebrachte activa en passiva' nader gedefinieerd. Onder 'ingebrachte activa en passiva' wordt verstaan: 'de activa en passiva van de inbrengende vennootschap welke als gevolg van de fusie, splitsing of gedeeltelijke splitsing metterdaad gaan behoren tot een vaste inrichting van de ontvangende vennootschap in de lidstaat van de inbrengende vennootschap en bijdragen

48 Besluit van 16 maart 2007, nr. CPP2006/1783M, NTFR 2007/577.

49 NV II, Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, blz. 22 en 24.

50 Zie bijvoorbeeld I. de Roos en R.J. de Vries, 'Oneffenheden in het nieuwe fiscale-eenheidsregime', WFR 2003/863; J.W. Bellingwout, 'Fiscale eenheid in Europees perspectief', WFR 2003/1593 en Tuyp en Gooijer, noot 25.

51 Zie HvJ EG 22 november 2008, zaak C-418/07 (*Société Papillon*), V-N 2008/59.20. Voor een beschrijving van de zaak-Papillon en de mogelijke gevolgen voor het fiscale-eenheidsregime van art. 15 Wet VPB 1969, zie: F.A. Engelen, 'De gevolgen van de zaak Papillon voor de Nederlandse fiscale eenheid', NTFR 2009/73 en de aantekening van Egelie bij het arrest-Papillon, NTFR 2008/1444.

52 Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat.

53 D.M. Weber, 'Waarom de Scheuten Solar Technology-zaak ons van de straat gaat houden', WFR 2010/212 en D.M. Weber, 'The proposed EC Interest and Royalty Directive', EC Tax Review 2000/1, blz. 26-27.

tot de totstandkoming van de resultaten die in aanmerking worden genomen voor de belastinggrondslag. Met betrekking tot juridische fusies is de EU-fusierichtlijn geïmplementeerd in art. 14b Wet VPB 1969.

#### 4.2 Probleem: art. 15ai Wet VPB 1969

Een voorbeeld van een fusie die op grond van art. 14b Wet VPB 1969 fiscaal geruisloos dient plaats te vinden, is een juridische fusie tussen een in Nederland gevestigde BV en een in Duitsland gevestigde GmbH. Indien de BV als dochtermaatschappij is opgenomen in een fiscale eenheid en als verdwijnende vennootschap betrokken is bij een juridische fusie met de GmbH, dan eindigt als gevolg van de juridische fusie de fiscale eenheid op grond van art. 15, zesde lid, onderdeel a, Wet VPB 1969 jo. art. 14, tweede lid, BFE 2003. Er zal in dat geval namelijk niet langer aan de in art. 15, eerste lid, Wet VPB 1969 gestelde eisen voldaan zijn omdat de moedermaatschappij niet langer ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de dochtermaatschappij houdt. Het verbreken van de fiscale eenheid kan op grond van art. 15ai Wet VPB 1969 leiden tot een fiscale claim indien tussen de moeder- en dochtermaatschappij vermogensbestanddelen zijn overgedragen waarvan de waarde in het economische verkeer op het moment van de overdracht hoger was dan de boekwaarde. Deze claim is mijns inziens in strijd met art. 4 EU-fusierichtlijn, omdat de fusie als gevolg van art. 15ai Wet VPB 1969 alsnog leidt tot belastingheffing.

#### 4.3 Oplossing

Een oplossing om deze strijdigheid te voorkomen ligt binnen handbereik: uitbreiding van art. 40, eerste lid, BFE 2003. Deze bepaling biedt een faciliteit voor continuering van de fiscale eenheid indien de fiscale eenheid eindigt als gevolg van zetelverplaatsing van een binnenlandse belastingplichtige terwijl een vaste inrichting in Nederland achterblijft en aanvullend een fiscale eenheid tot stand komt. Art. 15ai Wet VPB 1969 blijft in dat geval buiten werking. Indien art. 40, eerste lid, BFE 2003 naast zetelverplaatsing ook continuering van een fiscale eenheid mogelijk zou maken bij een fusie, splitsing enz., dan kan de gesignaleerde strijdigheid met de EU-fusierichtlijn op eenvoudige wijze worden weggenomen.

#### 5 Tot slot

Er vallen wat Europees- en internationaalrechtelijke kanttekeningen te plaatsen bij art. 15, vierde lid, Wet VPB 1969. De non-discriminatie tussen vaste inrichting en vennootschap die deze bepaling beoogt te voorkomen wordt immers niet in alle gevallen bereikt doordat de

eisen voor een buitenlandse belastingplichtige strenger zijn dan die voor een binnenlandse belastingplichtige. Zo leidt de eis dat er sprake dient te zijn van een in Nederland aanwezige vaste inrichting tot uitsluiting van het fiscale-eenhedsregime voor een vaste vertegenwoordiger.

De vaste vertegenwoordiger zou echter op grond van de vrijheid van vestiging en de non-discriminatiebepalingen hiertoe wel degelijk toegang moeten hebben. Na de zaken *Aberdeen* en *Gaz de France* lijken ook de huidige rechtsvormeisen in strijd met het primaire EU-recht. Het beperkt zijn in het heffingsrecht over bepaalde vermogensbestanddelen als gevolg van een door Nederland

.....

***‘Na de zaken Aberdeen en  
Gaz de France lijken ook  
de huidige rechtsvormeisen  
in strijd met  
het primaire EU-recht’***

.....

gesloten bilateraal verdrag is naar mijn mening geen reden om toegang tot de fiscale eenheid te weigeren: door het ‘weggeven’ van het heffingsrecht ontnemt Nederland immers de volle werking aan de uit de vrijheid van vestiging voortvloeiende keuzevrijheid van vestigingsvorm. Het op gebrekkige wijze onderbouwde toerekeningvereiste vormt niet alleen een verzwaring ten opzichte van een vennootschap (een vennootschap zal immers altijd aan het toerekeningvereiste voldoen), na de zaak-Papillon zal dit vereiste niet meer gesteld kunnen worden. Tot slot is er naar mijn mening niet alleen sprake van strijdigheid met het primaire EU recht, ook aan de op Nederland rustende verplichtingen op grond van de EU-fusierichtlijn wordt niet volledig voldaan.